

TUTELA DE URGÊNCIA AUTÔNOMA SATISFATIVA

*Aloisio Lepre de Figueiredo**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da Tutela de Urgência Autônoma Satisfativa – *De Lege Lata*. 2.1 Dos alimentos provisionais. 2.2 Atentado. 3 Da Tutela de Urgência Autônoma Satisfativa – *De Lege Ferenda*. Referências

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar a tutela de urgência autônoma satisfativa à luz do ordenamento jurídico brasileiro, enfrentando inicialmente a possibilidade de seu reconhecimento pelo sistema processual brasileiro.

Palavras-chave: Processo Civil

ABSTRACT: The present work seeks to analyze the satisfying autonomous urgency court order under Brazilian Law, facing initially the possibility of its recognition by Brazilian Civil Procedure System.

Key-words: Civil Procedure

* Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil. Mestre em Direito pela FDC. Chefe do Núcleo Jurídico do Banco do Brasil S.A. Campos dos Goytacazes-RJ. Professor de Direito Processual Civil e Empresarial da Universidade Estácio de Sá. Educador da Universidade Corporativa do Banco do Brasil.

1. Introdução

O direito privado dos dois últimos séculos passados foi construído sob o prisma da individualidade e do patrimônio, constituindo-se a lei substantiva civil em centro gravitacional dos demais ramos do direito, inclusive da própria Constituição Federal. Acreditamos que esse fenômeno cultural e político se deu em razão da ausência do Estado de Direito, uma vez que o regime democrático nem sempre foi uma constante em todos os países da Europa e na maioria dos países da América Latina. Nunca se deu grande importância ao Direito Constitucional, mesmo porque as constituições vigentes na maioria desses países não eram respeitadas ou aplicadas efetivamente.

O Código Civil do início do século passado foi fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas no Código de Napoleão, acabaram por se incorporar a todas as codificações do ocidente, com raras exceções. Nos idos de 1916, o valor fundamental era o indivíduo regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito. A filosofia do século XIX se firmou pela elaboração de tecido normativo consubstanciado nas codificações, notadamente por intermédio do Código Civil. Era a constituição do direito privado. O papel constitucional do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do século XIX.

A partir da metade do século passado, em razão das transformações ocorridas - por conta principalmente da vitória dos aliados na 2ª Guerra - na vida política, econômica e social do Brasil, o Direito Civil deixou de ser o ordenador exclusivo das relações privadas, passando a dividir o espaço com os chamados subsistemas que regulam determinadas relações jurídicas, ou seja, a magnitude quase monolítica do direito material já não mais respondia aos anseios da sociedade.

A constatação que fazemos ao longo dos anos é que o direito é sempre um resultado dos acontecimentos sociais. No tocante ao Direito Processual também não foi diferente, visto que o legislador brasileiro quase nunca deu importância à tutela preventiva.

A valoração legislativa prestigia exclusivamente as medidas reparatórias e sancionatórias. *A priori* é preciso ampliar a tutela preventiva, não apenas para evitar o dano, mas, principalmente, com o intuito de modificar padrões de condutas, alterando a realidade. O Direito deve promover a mudança da realidade e para tanto, não deve dobrar-se aos fatos.

Gradativamente, por conta do processo de redemocratização do Brasil, iniciado a partir de 1978, com a anistia política, com o retorno dos exilados e das eleições diretas para governadores de Estado e, principalmente, com a Constituinte de 1988, transformações profundas ocorreram na sociedade brasileira.

A inserção da preponderância do Direito Constitucional na vida dos povos do ocidente, particularmente no Brasil, acabou por consagrar, no nosso sistema jurídico, os direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma a primeira construção jurídica se faz no campo da interpretação axiológica. Significa dizer que o exame da norma se faz levando em conta os princípios fundamentais de todo o sistema, ou seja, reler todo o ordenamento jurídico à luz da constituição e dos valores fundamentais nos quais ele se baseia.

Partindo dessa premissa maior, poderíamos considerar que as normas constitucionais, como normas jurídicas que são, podem, entre outras coisas, até mesmo suprimir aquelas de caráter infraconstitucional, incompatíveis ou discordantes. Devemos ter em mente que a Constituição de 1988 é o centro e não um sistema axiologicamente neutro.

Vivemos e respiramos um Estado Democrático de Direito, não apenas no sentido de uma ordem institucional estabelecida, mas também de um Estado de Direito Democrático. O exercício da cidadania reclama direitos, interesses ou situações jurídicas de vantagem, ou seja, estamos diante de uma universalidade de direitos; logo a situação exige em contrapartida uma pluralidade de tutelas jurídicas.

Desse modo, as normas de direito substancial devem ser interpretadas com vistas a admitir a tutela judicial dos benefícios por elas previstos, que, num horizonte bem maior, regulado pelo

direito instrumental, efetivamente, assegure o acesso à justiça e também não considere a Constituição como uma simples construção teórica, mas como uma força tendente a possibilitar sua concretização e desenvolvimento.

Nessa linha de proeminência constitucional - evolução política e social dos últimos tempos - o Direito Processual Civil, como ramo do direito público, não é regido apenas pelas normas infraconstitucionais, mas principalmente por aquelas esculpidas na Constituição Federal da República. Por conta das normas dispostas na Constituição Federal, bem como daqueles conjuntos de princípios, o Estado não deve tão-somente propiciar a proteção de direito ancorado em uma situação substancial amparada na norma, mas, ao mesmo tempo, criar mecanismos instrumentais diferenciados, que visem a imprimir efetividade.

Não basta ampliar o acesso ao Judiciário; é preciso acima de tudo garantir a tutela e o acesso à ordem jurídica justa. Não se trata de um retrocesso; pode parecer, mas não é. Hoje se faz necessário compatibilizar o direito substancial com o direito instrumental. Há quem diga que o moderno direito reclama o chamado direito processual substancial para indicar as diversas espécies de tutela jurisdicional, ou seja, normas que prevejam direitos subjetivos e normas acerca do modo de atuação da tutela.

Nessa linha de raciocínio, postulamos desenvolver a nossa pesquisa levando em consideração as tutelas já existentes, bem como articular, ordenar e definir aquelas medidas disciplinadas especialmente dentro da tutela cautelar, sendo uma de caráter provisório e outra que não guarde qualquer proximidade com as medidas cautelares, a chamada tutela de urgência autônoma satisfativa.

A convergência e a sinopse da pesquisa serão a discussão acerca da simetria que deve existir entre o direito material e o direito processual, ou seja, aquele que tem direito à tutela jurisdicional deve receber exatamente aquilo que receberia se houvesse acatamento voluntário da regra material.

A idéia merece reflexão, uma vez que, a partir do direito material, teríamos uma melhor adequação à lei instrumental, ampliando e sedimentando a visão instrumentista do processo.

Parece-nos que não mais se poderia conviver com situações indefinidas, ou mesmo ignorar a existência de medidas que, pela sua urgência, reclamariam uma espécie de tutela, que não demandariam maiores controvérsias, nem seriam de natureza provisória, exigindo um processo principal.

Inúmeros são os casos já decididos pelos tribunais pátrios envolvendo as chamadas cautelares satisfativas que não existem sob a forma de uma tutela específica, ou mesmo disciplinadas em um título ou capítulo da lei instrumental, mas que, ao contrário do que parece, estão elencadas dentro da tutela cautelar como se na verdade o fossem.

Enfim, a pesquisa tem como fundamento o estudo do processo pelo ângulo da tutela jurisdicional com a identificação de alguns fenômenos que possam compatibilizar os direitos subjetivos à lei instrumental, precisamente no campo objetivo das medidas cautelares e aquelas de perfil imediatista – contraditório escasso e sumário – por conta principalmente das necessidades imperiosas da vida moderna.

A grande promiscuidade de concessão de liminares satisfativas dentro do Processo Cautelar foi um fenômeno constatado não só no direito brasileiro como também em outros sistemas jurídicos, conforme registra Ovídio A. Baptista da Silva, citando Ferruccio Tommaseo, “liminares satisfativas disfarçadas como execução provisória”.¹

Acontece que esse fenômeno não pode ser compreendido apenas no tocante à utilização indevida do Processo Cautelar para suprir a demora que normalmente ocorre no processo ordinário. A questão serve, por outro lado, para demonstrar a necessidade premente de satisfação imediata do interesse do demandante, desde que a questão controvertida se dê à luz de probabilidade de certeza do direito alegado, e não de aparências e deduções que demandem o completo exaurimento da questão pelo juiz. As constantes transformações ocorridas em todos os segmentos da vida humana têm reclamado uma “tutela de

¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. Cit. p. 36.

urgência, que tenha o condão de prevenir ou de impedir a continuidade da violação”², enfatiza Cândido Dinamarco.

Como forma de resposta tem-se imaginado uma flexibilidade maior da tutela preventiva, “mediante cognição menos profunda”.³

Todavia a questão não é suficientemente simples visto que dois importantes valores constitucionais entram em rota de colisão. Como abreviar ou sintetizar a cognição sem desprestigiar os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório? Como garantir estes valores constitucionais sem causar lesão também ao direito do autor?

A problemática é extremamente tormentosa. O risco de tornar definitiva a situação substancial afirmada na sentença sem uma cognição profunda é plausível e deve conviver com ele e ser reconhecida. De outra sorte não pode negar que a lentidão do processo ordinário representa uma lesão como dito anteriormente.

A idéia que permeia a tutela de urgência deve ser necessariamente a evidência do direito. Esse parece ser o ícone elementar da cognição menos profunda. Nesse sentido, leciona Luiz Fux que é o “material probatório fornecido com a postulação de tutela urgente que vai indicar a evidência do direito”.⁴

Faz-se sentir ainda que a tutela de urgência, isto é, o processo de cognição menos profundo e de caráter definitivo, deve ser perfeitamente delimitado pelo legislador, especificando a forma e também quais seriam os direitos que estariam abrigados nessa “via urgente”. A tutela, de urgência autônoma satisfativa seria delimitada e por que não dizer, nominada pela especificidade.

Sobre o assunto José Roberto dos Santos Bedaque enfatiza que, caso seja o critério de norma genérica, “parece preferível a

² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 45.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação de Tutela*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 99.

⁴ FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 31.

técnica da tutela sumária antecipada, estruturada segundo o modelo cautelar”.⁵ Segundo o jurista em destaque:

Os riscos apresentados por essa solução são menores, visto que a eficácia do provimento fica subordinada à cognição plena realizada posteriormente, com respeito ao contraditório e à ampla defesa.⁶

Depreende-se, a partir da proposta para estabilização da tutela antecipada e criação da ação documental sugerida pela comissão formada por ocasião da V Jornada Brasileiras de Direito Processual Civil, que a opção recomendada por José Roberto dos Santos Bedaque foi acolhida, ou seja, o legislador estabelecerá “forma específica”⁷ e indicará “quais os direitos suscetíveis de proteção por essa via urgente”.⁸

Ressalte-se, ainda, que no entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, a “técnica de cognição sumária”⁹ pode ser aplicada na hipótese do inciso II, do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Significa dizer que, evidenciadas as provas juntamente com a postulação inicial e sendo a provável defesa absolutamente infundada, meramente protelatória, a tutela antecipatória pode se basear no artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil.

Acontece, porém, que no caso em questão, sugerido por Luiz Guilherme Marinoni, não seria propriamente a concessão da tutela urgência fundada no juízo de probabilidade, “mas de aparência ou verossimilhança, importando num primeiro momento de antecipar o provimento e tão logo exibida da defesa, o julgamento de plano”¹⁰, com a entrega em definitivo da prestação jurisdicional.

Em parte Luiz Guilherme Marinoni não deixa de ter razão, todavia a forma genérica como se encontra disciplinada a tutela

⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Op.cit* p.119.

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Op.cit* p.119.

⁷ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁸ *Ibidem*, p. 119.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Op. cit*, p. 35.

¹⁰ *Ibidem*, *loc.cit.*

antecipatória persistirá praticamente no modelo utilizado no provimento cautelar como sustentado acima por José Roberto dos Santos Bedaque.

Aliás, a proposta de criação da *Ação Documental* tem os mesmos traços característicos do mandado de segurança, com uma diferença apenas: a de que esta pode ser intentada também em face da pessoa física, desde que não haja necessidade de prova ou de produção de prova diferente da documental. Diante das provas exibidas e o conseqüente pedido de antecipação de tutela, o juiz estaria apto a conceder a medida de urgência, restando aguardar a defesa para em seguida proferir a decisão definitiva. Acerca da tutela de evidência, Luiz Fux registra que “a legitimação do provimento de urgente em prol do direito evidente é algo que se situa entre o valor limite da certeza e no piso da verossimilhança preponderante”.¹¹

Depreende-se, pois, que o magistrado, na concessão da tutela definitiva, não teria apenas a plausibilidade do direito invocado pelo autor, mas certeza e convencimento da questão controvertida, como de fato ocorrem no procedimento ordinário ou sumário, por meio da cognição exauriente. Explicando o seu entendimento enfatiza Luiz Fux:

Verifica-se, pois, que a evidência toca os limites da prova e será tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção. Assim, é evidente o direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em manifesta ilegalidade, o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova

¹¹ FUX, Luiz, *Op. cit.* p. 318.

emprestada obtida sob contraditório, provas produzidas antecipadamente, bem como o direito assentado como prejudicial da questão a ser resolvida e já decidido, com força de coisa julgada noutro processo, máxime quando de influência absoluta a decisão prejudicial, os fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da ocorrência de decadência ou prescrição.¹²

Com justíssima razão a proposição de Luiz Fux se fundamenta na tutela de evidência, para que se tenha no sistema processual brasileiro a satisfatividade dos “processos e procedimentos, tendo como finalidade estender a tutela antecipatória a todos os direitos evidentes”,¹³ permitindo com isso a “inegável desnecessidade de aguardar-se o desenrolar de um itinerário custoso e ritualizado em busca de algo que se evidencia no limiar da causa posta em juízo”¹⁴.

Portanto, à luz da exposição acima, depreende-se a existência de duas idéias: a primeira, proposta por José Roberto dos Santos Bedaque, de caráter excepcional para regular a tutela de urgência autônoma satisfativa, calcada de forma específica e com designação prévia de quais os direitos suscetíveis de proteção; a outra, desenvolvida por Luiz Fux, de ampliação da satisfatividade em todos processos e procedimentos.

No entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque, a tutela sumária não cautelar deve sempre ser aplicada em caráter excepcional e não da forma genérica sustentada por Luiz Fux. Apesar de que, é consistente o entendimento expendido por Luiz Fux de que a tutela de evidência ou de urgência autônoma satisfativa não viola do princípio do devido processo legal, afirmando que:

¹² FUX, Luiz. *Op.cit.*, p. 318.

¹³ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁴ *Ibidem*, p. 318.

O processo que não segue o procedimento traçado padece do vício do descompasso com o dogma constitucional do devido processo legal. Em primeiro lugar, insta advertir que o devido processo não é o devido procedimento, pela distinção notória entre essas duas categorias (...) o devido processo legal a que se está sujeito antes da perda dos bens da vida mencionados na Constituição impede a “autotutela”, por isso que o legislador constitucional excluiu-a ao dispor sobre o necessário processo devido e legal. Em segundo lugar, o devido processo é o adequado à luz da situação jurídico-material narrada, assim como a execução é devida diante do título executivo e a cognição ordinária diante da incerteza. A tutela sumária e rápida é a devida diante da “evidência”. O princípio do devido processo legal tem como um de seus fundamentos o processo “justo”, que é aquele adequado às necessidades de definição e realização dos direitos lesados. O senso de justiça informa, inclusive que *due process of law* na sua dupla conotação, a saber: lei justa e processo judicial (...). A tutela imediata dos direitos evidentes, antes de infirmar o dogma do *due process of law*, confirma-o, por não postergar a satisfação daquele que demonstra em juízo, de plano, a existência da pretensão que deduz.¹⁵

Mais adiante consolida o seu entendimento atestando peremptoriamente que:

¹⁵ FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 319.

O acesso à justiça, para não se transformar em mera garantia formal, exige “efetividade”, que tem íntima vinculação com a questão temporal do processo. Uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão o “indevido” processo.¹⁶

A idéia que nasce é a de que, havendo previsão legal, de um ou de outro modo, específica ou de forma ampla, na tutela de urgência de cognição menos profunda, diante a “evidência” do direito demonstrado pela parte, e de plano, o julgador não deve eximir-se de proferir o provimento final.

A pertinência do tema se impõe, já que a economia processual é alceio de todos os intérpretes do direito, indistintamente. O juiz sério e comprometido com a eficiência e eficácia na prestação jurisdicional tem sempre a preocupação de equacionar o estoque de ações, de forma que o fluxo de demandas novas esteja sempre próximo daquelas já encerradas. Todos têm muito a perder por conta do acréscimo de processos, seja o juiz, os serventuários, ou principalmente os jurisdicionados.

Com efeito, é inegável que o gerenciamento do número de demandas passa necessariamente pelo controle efetivo dos processos, desde a sua autuação até o encerramento com entrega da prestação jurisdicional pois, caso contrário, o acréscimo descontrolado de demandas – ações novas sem o desfecho final daquelas já existentes - inviabilizaria não só o gerenciamento por parte das serventias, como também o completo e absoluto desfalecimento do próprio juiz.

Na lição de William Couto Gonçalves, a “morosidade judicial” passa necessariamente “pelo ângulo da oferta e da procura, ou seja, o elevado número de demandas e os fatores contrários ao não-atendimento destas nos parâmetros da “morosidade necessária” são determinantes para ocorrência das

¹⁶ FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 319-320.

dilações indevidas.¹⁷ Existe de fato uma morosidade por conta principalmente do próprio processo, já que este se realiza a partir de vários atos que têm a aptidão de procrastinar no tempo. A “morosidade necessária” e inerente ao processo não pode ser confundida com a “morosidade processual”.

É certo, ainda, que a ética do juiz e dos advogados, bem como o comprometimento das partes em geral, são fatores importantes e decisivos, mas a competência, a organização e o gerenciamento dos processos por parte dos tribunais são determinantes para que todos alcancem os fins desejados.

De igual forma, também, não se pode olvidar que processo reclama o máximo de garantia do devido processo legal. Não significa dizer que não se pode ter, do outro lado, o mínimo de tempo possível. O máximo de garantia do devido processo legal não pode resultar em uma série de atos inúteis e procrastinatórios, ou até mesmo de esquecimentos do Estado-juiz, os quais, sem sombra de dúvida, impedem o desfecho final do processo. A ampla defesa e o contraditório devem estar adstritos aos prazos fixados na legislação processual, nem menos, nem mais. É certo, ainda, que todos os prazos em relação aos atos a serem praticados pelas partes quando intimadas são rigorosamente cumpridos à risca, todavia, lamentavelmente, o mesmo não se pode dizer em relação àqueles inerentes aos serventuários e ao juiz.

É inegável que existem situações fáticas ou mesmo procedimentos previstos pelo legislador que reduzem substancialmente o tempo de tramitação de determinadas demandas, sem, contudo, macular o princípio do devido processo legal, ou seja, o juiz simplesmente não julga quando deveria julgar, já que os elementos probatórios estão todos presentes. “Para que a Justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar”¹⁸, afirma William Couto Gonçalves, citando Paulo Cezar Pinheiro.

¹⁷ GONÇALVES, William Couto. *Garantismo. Finalismo e Segurança Jurídica. no Processo Judicial de Solução de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 98.

¹⁸ *Ibidem*. p. 98.

2 Da Tutela de Urgência Autônoma Satisfativa – *De Lege Lata*

Por meio da exposição anterior foi constatado que além do processo de conhecimento, de execução e cautelar - neste principalmente - a tutela de urgência autônoma satisfativa – cognição menos profunda – é uma realidade admitida no mundo jurídico, notadamente no sistema processual brasileiro.

E mais, que as cautelares satisfativas foram, durante algum tempo, instrumentos inadequados para corrigir a ausência de executividade no Processo de Conhecimento, sendo certo ainda que muitas medidas tidas como cautelares não guardam qualquer proximidade como o Processo Cautelar, por conta principalmente da sua instrumentalidade e acessoriedade.

Entretanto, a partir da exposição feita por Ovídio A. Baptista da Silva em suas obras, serão feitas algumas abordagens acerca de medidas cautelares que não reclamam o ajuizamento de um outro processo, mas que se exaurem em si mesmas, num verdadeiro processo de cognição de urgência autônoma satisfativa, a exemplo dos alimentos provisionais, justificação, protesto, notificação e interpelação, homologação de penhor legal, posse em nome do nascituro, atentado, protesto e da apreensão de títulos.

Pretende-se, pois, a partir de então, declinar algumas dessas medidas cautelares, como os alimentos provisionais e o atentado, a fim de demonstrar que de cautelares só têm o nome e o procedimento, visto tratar-se de ações autônomas de cognição menos profunda, isto é, de caráter eminentemente satisfativo.

2.1 Dos alimentos provisionais

Os alimentos são imprescindíveis à sobrevivência de todo e qualquer ser vivo, notadamente a pessoa humana. Aqueles que não têm meios de provê-los para si e para outrem ficam na dependência de quem possa fazê-lo, seja por conta de vínculo de parentesco ou afinidade.

Acerca do conceito de *alimentos provisionais*, descreve Ovídio A. Baptista da Silva que o conceito “deriva da própria natureza da obrigação alimentar e de sua intrínseca finalidade”.¹⁹

Significa dizer que os alimentos são destinados a atender necessidades primárias e urgentes de subsistência do ser humano, “não se compadece a pretensão a alimentos como a delonga natural do procedimento comum”, enfatiza Ovídio A. Baptista da Silva.

Nesse contexto fica evidente que a espera de provimento final resultará na perda, inclusive da própria vida. Ovídio citando Coelho da Rocha leciona:

A causa de alimentos é ordinária, porém, como pode ser retardada pela sua mesma natureza, ou por ser quase sempre conexa com a de filiação, à de separação e outras, o alimentado ficaria entretanto reduzido à última miséria e sem meios de sustentar o litígio, pode pedir, ou logo no princípio da causa principal, ou pelo decurso dela, alimentos provisionais.²⁰

Acerca da constatação feita por Coelho da Rocha, Ovídio A. Baptista da Silva atesta que “os alimentos provisionais são os mesmos alimentos definitivos que se antecipam”.²¹

Sustentando o seu entendimento e citando os ensinamentos de Hamilton de Moraes e Barros, também afirma que os “alimentos provisionais são mais liminares do que cautelares”.²² Igual entendimento foi dissertado por Humberto Theodoro Júnior, quando fez utilização das lições ministradas por Leo Rosenberg de “haver nos alimentos provisionais mais do que o fim de assegurar uma futura execução, uma sumária resolução da pretensão litigiosa”.²³

Outros juristas, no entanto, sustentam que os alimentos provisionais são de fatos de natureza cautelar, sob o fundamento

¹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Op. cit.* p. 306.

²⁰ *Ibidem.loc.cit.*

²¹ *Ibidem.loc.cit.*

²² *Ibidem*, p. 307.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.* p. 336

de que as “simples antecipações dos alimentos definitivos”²⁴ não teriam o condão de alterar o provimento. Esse entendimento é sustentado por Carlos Alberto A. de Oliveira, citado por Ovídio A. Baptista da Silva, segundo este sob a inspiração de Piero Calamandrei.

Na lição de Ovídio A. Baptista da Silva a essa corrente se filiam o pensamento da maioria dos juristas brasileiros, de que “toda execução urgente que seja outorgada antes da sentença de mérito transforma-se em tutela cautelar”²⁵.

A questão que merece maior destaque neste momento é aquela atinente à eficácia do provimento que concede os alimentos provisionais. Estaria o autor obrigado a propor a ação principal no prazo de 30 dias preconizado no artigo 806 do Código de Processo Civil? A jurisprudência tem entendido que a parte que obtém alimentos provisionais não estaria obrigada a propor a ação.

Aliás, esse foi o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por intermédio da 6ª Câmara Cível:

O prazo de 30 dias do art. 806 é inaplicável aos pedidos de alimentos, entre outras razões, que decorrem evidentemente daquela especificidade, porque as prestações mensais a que o alimentante é obrigado são de trato sucessivo e só se efetivam com o pagamento continuado no tempo, enquanto durar a obrigação reconhecida judicialmente.²⁶

Depreende-se que a medida torna-se efetiva no momento em que ocorre o pagamento da primeira prestação mensal. Citado por Ovídio A. Baptista da Silva, Carlos Alberto A. de Oliveira entende que uma vez não ajuizada a ação principal não pode importar na caducidade da medida, sob o fundamento de que:

²⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Op. cit.* p. 307.

²⁵ *Ibidem.* p. 307.

²⁶ PRATA, Edson. *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Civil*. 14/04/98.

É de evidência meridiana que o não ingresso da ação principal, no prazo de trinta dias, não pode importar o desamparo e a fome da mulher e da criança.

No mesmo sentido, sustenta Galeno Lacerda:

Dir-se-á que, nesta via, poderá perpetuar-se a medida cautelar contra a lógica transitória de tais providências. Respondemos que, acima da lógica formal de um processo abstrato e moroso, pairam as exigências da vida, a encher de sangue e calor o instrumento real de justiça e de afirmação da consciência do juiz.²⁷

Em sentido contrário, Ovídio A. Baptista da Silva afirma que esse entendimento é equivocado. Segundo ele o alimentado deverá propor a “ação de alimentos, ou outra qualquer”²⁸, sob pena de caducidade da medida anteriormente deferida.

Por outro lado, convém destacar com a devida vênia, que é curioso e intrigante o entendimento de Ovídio A. Baptista da Silva nesse particular, visto que insere os alimentos provisionais na Tutela Satisfativa Urgente, todavia sustenta a necessidade do “requerente promover a ação principal, no prazo do artigo 806 do CPC, a contar da efetivação da medida”.²⁹ Afirma que na ausência da ação principal “haveríamos transformado a liminar em decisão final satisfativa”.³⁰

Por que razão fez a inserção dos alimentos provisionais como se fossem tutela satisfativa no sumário de sua obra sob

²⁷ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed., Vol. VIII – Tomo I. São Paulo: Forense, 2002. p. 273.

²⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da, *Op. cit.* p. 444.

²⁹ *Ibidem*, p. 323.

³⁰ *Ibidem*, p. 444.

comento? Se de fato a tutela é satisfativa, não há como reclamar a propositura da ação principal.

2.2 Atentado

Inicialmente, segundo Pontes de Miranda “atentado é a criação de situação nova ou mudança de *statu quo*, pendente a lide, lesiva a parte e sem razão de direito”.³¹

O atentado, no seu contexto histórico, era uma forma de punição praticada pelo juiz contra a jurisdição do tribunal do recurso. Ovídio A. Baptista da Silva, citando Calamandrei, leciona que o atentado correspondia a “uma função similar à que a doutrina empresta às medidas cautelares”,³² estando voltada para a “defesa da jurisdição”,³³ como se fossem “medidas de polícia judiciária”.³⁴

Acerca da sua origem histórica, Ovídio A. Baptista da Silva afirma que o atentado “teve o seu nascimento estreitamente ligado ao instituto da *execução provisória*”, sendo que no período medieval o enfoque da medida era o ato praticado pelo juiz, já nos dias atuais são os atos cometidos pelas partes.

Depreende-se que o atentado não foi em suas origens, e “especialmente não o é hoje”,³⁵ uma medida cautelar como sustenta Ovídio A. Baptista da Silva, muito embora esteja incluído dentro das medidas cautelares típicas.

Ressalte-se, ainda, que o conceito de atentado no direito moderno “é destinado a preservar o *princípio da inalterabilidade da demanda* que se estabelece processualmente com a angularização da relação processual”,³⁶ conceitua Ovídio A. Baptista da Silva.

A concessão da medida de atentado deve atender alguns requisitos. O primeiro acerca da existência de lide pendente; o segundo, que haja inovação no estado anterior da lide; o terceiro, que a inovação

³¹ MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo. IX. São Paulo: Forense, 1959. p.103.

³² SILVA, Ovídio A. Baptista da, *Op. cit.* p. 354.

³³ *Ibidem*, *loc.cit.*

³⁴ *Ibidem* p. 354.

³⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

³⁶ *Ibidem* p. 354.

seja contrária ao direito; e, o último, que a inovação seja também de fato, além de ilegal e provoque lesão ao direito litigioso do autor da ação de atentado. A questão que merece destaque é a controvérsia se a ação de atentado é uma ação cautelar ou uma medida de urgência autônoma satisfativa. Na lição de Ovídio A. Baptista da Silva, o atentado seria uma “medida de natureza repressiva e não preventiva”.³⁷ E mais, não seria cautelar “por conter declaratoriedade suficiente para produção de coisa julgada material sobre o ilícito processual reconhecido pela sentença de procedência”.³⁸

Como se não bastasse, afirma, também, que o atentado “não tem natureza de uma medida provisória, como a doutrina entende que o sejam todas as medidas provisórias”,³⁹ sendo certo, ainda, que o atentado tem a forma manifestamente “clara de tutela satisfativa”,⁴⁰ arremata Ovídio A. Baptista da Silva.

No mesmo sentido, Pontes de Miranda também nega o caráter cautelar do atentado, sustentando que “não preveniria e sim repararia o dano”,⁴¹ isto é, para o mestre, o atentado pressupõe direito material do lesado.

Por outro lado, divergindo frontalmente, Humberto Theodoro Júnior sustenta que “não há figura mais tipicamente cautelar do que a ação de atentado”.⁴²

Argumentando, especialmente o entendimento de Pontes de Miranda, assim enfatiza Theodoro Júnior:

Se o atentado não pressupõe direito material do lesado e se conforme o mesmo mestre, há atentado quer o autor venha a vencer, quer venha a perder, e, ainda, se o dever que se infringe é processual, ou seja, o dever de se manter o *status quo*, a

³⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Op. cit.*, p. 359.

³⁸ *Ibidem*, *loc.cit.*

³⁹ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁴⁰ *Ibidem*, p. 359.

⁴¹ MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p. 126.

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Op. cit.*, p. 390

busca e apreensão pode ser usada depois que se desviou ou ocultou o bem; assim, também, o seqüestro, e nem por isso deixam de ser medidas cautelares. A prevenção ou cautela que se encontra no atentado não é relativa ao *status* modificado pela parte, mas em relação ao processo principal. Restaurado-se o estado fático inicial, preserva-se a eficiência e utilidade da prestação jurisdicional de mérito, assegurando-lhe o objeto sobre que deve incidir. A tutela cautelar serve ao processo e não ao direito material da parte, porque este, como bem observou Pontes de Miranda, não está em jogo quando se admite a ação de atentado, e até pode vir a ser negado na sentença da ação principal.⁴³

Na lição de Galeno Lacerda existem

confusões e contradições” acerca da natureza jurídica do atentado. No entendimento do jurista gaúcho, a ação de atentado é o “cúmulo de duas ações: uma, processual, de natureza cautelar, tendente à restituição ao *status quo*; outra, material, relativa ao ressarcimento do dano causado.⁴⁴

Depreende-se, pois, que Galeno Lacerda considera a ação de atentado processual de natureza cautelar incidente e repressiva, mas que produz coisa julgada, portanto, de caráter satisfativo. Evidentemente que o caráter processual de reposição e de ressarcimento de cunho material atribuídos por Galeno Lacerda à ação de atentado não se coaduna com o Processo Cautelar.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 390.

⁴⁴ LACERDA, Galeno. *Op. cit.*, p. 385.

Convém registrar que o mestre gaúcho é um incansável arauto da Escola de Calamandrei, afirmando que “no processo cautelar, o interesse resulta da necessidade de segurança para a garantia do resultado útil do processo”.⁴⁵ Sem pretender maior aprofundamento na tese sustentada, pode-se afirmar que não são muitas as adesões aos seus pensamentos. A conclusão que se tem é que as medidas cautelares são de natureza provisória e jamais satisfativas, como externa Galeno Lacerda nas suas obras.

Enfim, por meio da explanação acima foi demonstrada a existência de medidas cautelares que não guardam qualquer proximidade com provisoriedade, instrumentalidade ou acessoriedade, mas são de caráter autônomo e satisfativo, não reclamando a existência do processo principal. Em assim sendo, pode-se dizer que são ações autônomas de urgência e de caráter satisfativo.

Concluindo, as cautelares aqui mencionadas não têm, assim como as outras declinadas no início deste tópico, a natureza cautelar, mas sim conteúdo de cognição sumária de urgência satisfativa. Em razão dessa situação fática seria conveniente e oportuno vislumbrar a hipótese de sua sistematização em um Livro próprio, distinto do Processo Cautelar.

As tutelas de urgência de cognição sumária e satisfativa sejam aquelas *de lege lata* e também aquelas outras *de lege ferenda*, a exemplo da *ação documental* proposta pela Comissão criada em razão da V Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, teriam um Livro próprio ou específico. É sabido que a tutela condenatória seguida da execução não tem sido hábil em satisfazer a contento o jurisdicionado.

Com efeito, enfatizando a pertinência de instrumental dinâmico e eficaz, que funcione a contento, Cândido Rangel Dinamarco leciona que não basta apenas a tutela sancionatória ou repressiva e até mesmo as medidas cautelares típicas, mas uma tutela preventiva de maneira a proteger de “maneira direta a situação material, recaindo a providência jurisdicional no accertamento prévio e definitivo do direito”,⁴⁶ valendo da lições de Proto Pisani.

⁴⁵ LACERDA, Galeno. *Op.cit.*, p. 55.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.* p. 44.

Nesse mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque sugere não só a existência de provimentos de proteção direta de situação material, e não apenas assegurar a eficácia do próprio processo. Senão, vejamos:

Poderíamos até mesmo elaborar a categoria das tutelas urgentes ou sumárias e dividi-las em cautelares e não cautelares, reservando àquelas apenas os provimentos de caráter puramente conservativo, como o arresto e o seqüestro. As tutelas sumárias e provisórias, mas de conteúdo antecipatório, seriam espécie do gênero tutela de urgência.⁴⁷

A compreensão unânime é a de que a tutela jurisdicional tem que ser mais eficaz, sem prejuízo do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Todavia há direitos reconhecidamente “evidentes”⁴⁸ para os quais é dispensável uma cognição mais profunda, com conseqüente satisfatividade, conforme proclama Luiz Fux de que “aspiração social é a da justiça urgente em confronto com a justiça ordinária e ritual”.⁴⁹

Corroborando, Bedaque, citando Marinoni, conclui o seu entendimento afirmando:

Como meio para obtenção de uma tutela jurisdicional mais eficaz, que represente efetivamente proteção do direito subjetivo material, há quem entenda conveniente permitir com mais flexibilidade a tutela preventiva, mediante cognição menos profunda.⁵⁰

⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.* p. 158.

⁴⁸ FUX, Luiz, *Op. cit.* p. 308.

⁴⁹ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁵⁰ BEDAQUE José Roberto Santos. *Op. cit.* p. 45.

6.2 Da Tutela de Urgência Autônoma Satisfativa – *De Lege Ferenda*

Antes mesmo da existência da *Proposta para Estabilização da Tutela Antecipada e Criação da Ação Mandamental*, formulada pela Comissão capitaneada por Ada Pellegrini Grinover, por ocasião da V Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, tanto José Roberto dos Santos Bedaque quanto Luiz Fux já tinham propostas nesse mesmo sentido.

No entendimento de Luiz Fux, citando Summer Maine, a “rigidez dos esquemas jurídicos em confronto com a evolução dos fatos sociais”⁵¹ acabou por ensejar uma “crise”⁵² somente possível de ser contornada a partir de “novos instrumentos, diante desse fenômeno dos novos direitos ou novos anseios”⁵³. Muito embora não seja um dos membros da comissão, Luiz Fux já recomendava a criação de um tipo de proteção nos moldes do *mandamus*. Senão, vejamos:

É o material probatório fornecido com a postula de tutela de urgência que vai indicar da evidência do direito. Essa forma de tutela distingue-se daquela do *mandamus*, porque não se trata de ato de autoridade apenas, mas também de ato de particular, isto é, não exclui a tutela de evidência qualquer que seja a pessoa jurídica, quer de direito público, quer de direito privada. Apresenta essa forma de tutela semelhanças com o monitório documental, mas dele se afasta porque o deferimento liminar não se altera diante da resposta; isto é, o preceito não vira citação.⁵⁴

⁵¹ FUX, Luiz, *Op. cit.* p. 308

⁵² *Ibidem*, *Loc.cit.*

⁵³ *Ibidem*, *Loc.cit.*

⁵⁴ *Ibidem* p. 310.

Colecionando ainda mais o seu entendimento, conclui Luiz Fux:

Esclareça-se, ainda, sob o prisma procedimental, que a tutela da evidência sugere sumariedade “formal”, como pretendem alguns, vale dizer: procedimento comprimido, que pode ordinarizar-se conforme o juízo considere ou não evidente o direito alegado. Assim, pleiteada a tutela da evidência e deferida a liminar antecipatória, o demandado será citado para oferecer a sua defesa, quando, então, será observada a necessidade de prosseguir-se para reversão ao estado anterior ou fixação de perdas e danos. Indeferida a tutela pela falta de evidência, prossegue-se, nos mesmos autos, para a dissipação desta incerteza com as etapas necessárias ao descobrimento da verdade. Essa mutação procedimental *in itinere* é característica desses processos monitórios-injuncionais.⁵⁵

Depreende-se, pois, que pelo raciocínio de Luiz Fux, no início seria um procedimento especial de cognição sumária. Não existindo a evidência do direito alegado, o procedimento seria ordinário, ou seja, de cognição profunda.

No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque indaga qual seria a melhor forma de modelar a tutela sumária do ponto de vista do seu caráter definitivo. Sobre o assunto disserta o seguinte:

Qual o melhor meio para modelar essa forma de tutela: com características de proteção provisória, que não dispensa o processo tradicional, cuja eficácia prática apenas assegura (conservando ou

⁵⁵ LUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 310.

antecipando) ou como forma alternativa de tutela definitiva, dispensando qualquer outra atividade jurisdicional. Se adotada a primeira fórmula, dá-se à solução configuração de tutela cautelar. A segunda representa medida mais radical, pois assume caráter definitivo.⁵⁶

No campo prático e teórico José Roberto dos Santos Bedaque confessa ser defensor do sistema atual, ou seja, “tutela sumária antecipada, estruturada segundo o modelo cautelar”⁵⁷. Segundo ele a tutela sumária não-cautelar representaria riscos. Reconhece, no entanto, que a tutela de urgência autônoma satisfativa poderia ser adotada por vontade do legislador, em caráter excepcional, disciplinando ele mesmo a forma e os casos suscetíveis de proteção.

Com a *Proposta de Estabilização da Tutela Antecipada e Criação da Ação Documental*, depreende-se que o consenso entre os expoentes do Direito Processual Civil, por conseqüente o do legislador, será o de introduzir a tutela de urgência autônoma satisfativa, diferentemente da técnica utilizada para o Processo Cautelar, isto é, cognição sumária de caráter definitivo.

Dessa forma, o processo de conhecimento e a execução seriam conservados na forma delineada no atual Código. O Processo Cautelar sofreria uma reorganização para acomodar tão-somente as medidas cautelares, ou seja, aquelas de caráter provisório, baseadas apenas na aparência do bom direito, reclamando sempre a existência do processo principal.

De igual forma os procedimentos especiais comportariam as medidas de urgência autônoma satisfativa a exemplo do atentado, dos alimentos provisionais, da ação documental (*de lege ferenda*) além de liminares possessórias.

⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.*, p. 118.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 119.

Referências

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Direito Processual Civil*. v. 3, São Paulo: RT, 2003.

_____. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo Processo Hodierno entre nós. *Revista de Direito*, São Paulo: RT, 2000, ano 25, n.27, Jan.Mar. 2000.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *CPC Reformado*. 2 ed. Del Rey, 1995.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Inibitória da Vida Privada*. Curitiba: RT, 2000.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Manual do Processo de Execução*. 5 ed. São Paulo: RT, 1998.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11.ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BAUR, Fritz. *Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutela Sumária e de Urgência*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: UNB, 1997.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUZAID, Alfredo. *Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2002.

CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 5 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Revista Brasileira de Direito Processual*. v. IV. Rio de Janeiro, 1996.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da Antecipação da Tutela*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1946.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes. *Medidas Preventivas, medidas preparatórias, medidas de conservação*. 2 ed. Rio de Janeiro: 1958.

CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. 2 ed. São Paulo: EDIJUR, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil*. São Paulo: RT, 2004.

FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GONÇALVES, William Couto. *Garantismo. Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos* Rio de Janeiro: Lumen Juris.

GRECO, Leonardo. *Processo de Execução*. Vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII – Tomo I. 8 ed. São Paulo: Forense, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. III. 9 ed. , São Paulo: Millennium, 2003.

MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IX. São Paulo: Forense, 1959.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. São Paulo: Renovar, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios dos Processo Civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: RT, 2003.

OLIVEIRA, C. A. Álvaro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII. Tomo II , 5 ed. São Paulo: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Del Rey, 1998.

PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 8 ed. , São Paulo: Forense, 2002.

PRATA, Edson. *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Civil*. Nº 14/4. Rio de Janeiro, 1987.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Cultrix, 2000.

SANTOS, Ernane Fidelis. *Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Porto Alegre, 1985.

_____. *Curso de Processo Civil*. Vol. 3. 2 ed. , São Paulo: RT, 1999.

_____. *Do Processo Cautelar*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SPONVILLE, André Comte. *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 20 ed. São Paulo: Univ., 2002.

_____. *Tutela Cautelar*. Vol. 4. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

VILLAR, Willard de Castro. *Medidas Cautelares*. São Paulo: RT, 1971.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997.